

Ley de pasivos ambientales: identificación, manejo e implicaciones prácticas

Margarita Solorza Cortés
María Natalia Suarez

10 de mayo de 2024

Holland & Knight

Revelación – Disclosure Statement

Este documento se limita a las posiciones y consideraciones del expositor y no representa en modo alguno la posición de clientes del expositor o de las Juntas Directivas de que es miembro, como tampoco puede considerarse que estos elementos representan la posición de Clientes de la Firma o de las Compañías representadas por el expositor. Esta presentación es exclusivamente para fines académicos y no tiene por propósito constituir una asesoría legal toda vez que para cada asunto en particular debe buscarse asesoría en la respectiva jurisdicción.

This document is limited to such views and opinions of Speaker and does not represent the opinions or views of any of Speaker clients or of such Boards of which Speaker is a member, nor do these elements indicate the position of Clients of the Firm or of Companies represented by Speaker. Statements herein contained are not intended to express positions, acts or actions, or views of any Client. This presentation is solely for informative purposes and any specific legal counseling for specific matters should be appropriately sought in the corresponding jurisdiction.

Conferencistas



Margarita
Solorza

Senior Counsel

margarita.solorza@hklaw.com



Natalia
Suárez

Asociada

Natalia.suarez@hklaw.com

Tabla de contenido

1. Introducción:
2. Elementos estratégicos de la nueva regulación:
 - 2.1. Definición de pasivo ambiental.
 - 2.2. Aspectos relevantes de la ley de pasivos ambientales.
 - 2.3. Régimen de responsabilidad ¿Quién responde por el pasivo ambiental?
 - 2.4. Ejemplos de pasivos ambientales.
3. Implicaciones prácticas en la Gestión Corporativa Ambiental:
 - 3.1. Intensificación de la responsabilidad.
 - 3.4. Implicaciones transaccionales y formas de mitigación.
 - 3.5. ¿Cómo analizar un pasivo ambiental en la práctica?- Pasos a seguir.
4. Conclusiones.

Introducción

Contexto previo a la ley

Los pasivos ambientales en Colombia existen y se gestionan desde hace varios años sin un marco jurídico a aplicar.

RETOS



Aplicación de normas de carácter internacional

Límites de detección o referencia internacionales para identificación del impacto al suelo y las aguas superficiales y subterráneas. En Colombia no hay parámetros máximos de referencia relacionados con el recurso suelo.

Acotación de obligaciones para remediar

No era claro que debía contener el plan de remediación. No hay guía, lineamiento ni términos de referencia.

¿Remediar o sancionar?

Exijo plan de remediación o en su lugar abro un proceso sancionatorio e impongo sanción hasta 5.000 y una medida compensatoria.

Proyectos en curso

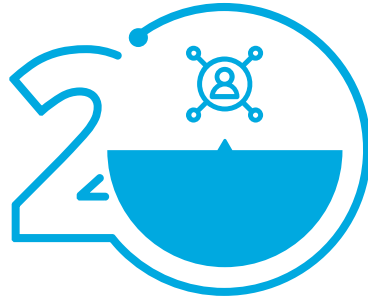
Qué pasaba con los proyectos en curso que identifican un pasivo. Seguir adelante o suspender actividades.

Ylos pasivos ambientales huérfanos?

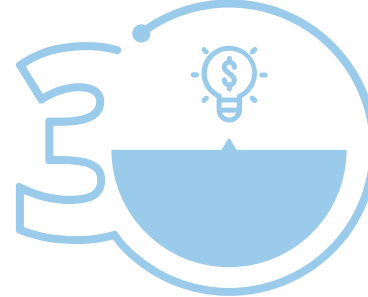
¿En qué estamos en materia de responsabilidad ambiental?



Avance de la constitucionalización en materia de responsabilidad ambiental → SU 455 de 2020.



Notoria intensificación de la responsabilidad administrativa ambiental → ANLA ha iniciado más de 350 procedimientos sancionatorios desde el 2021.

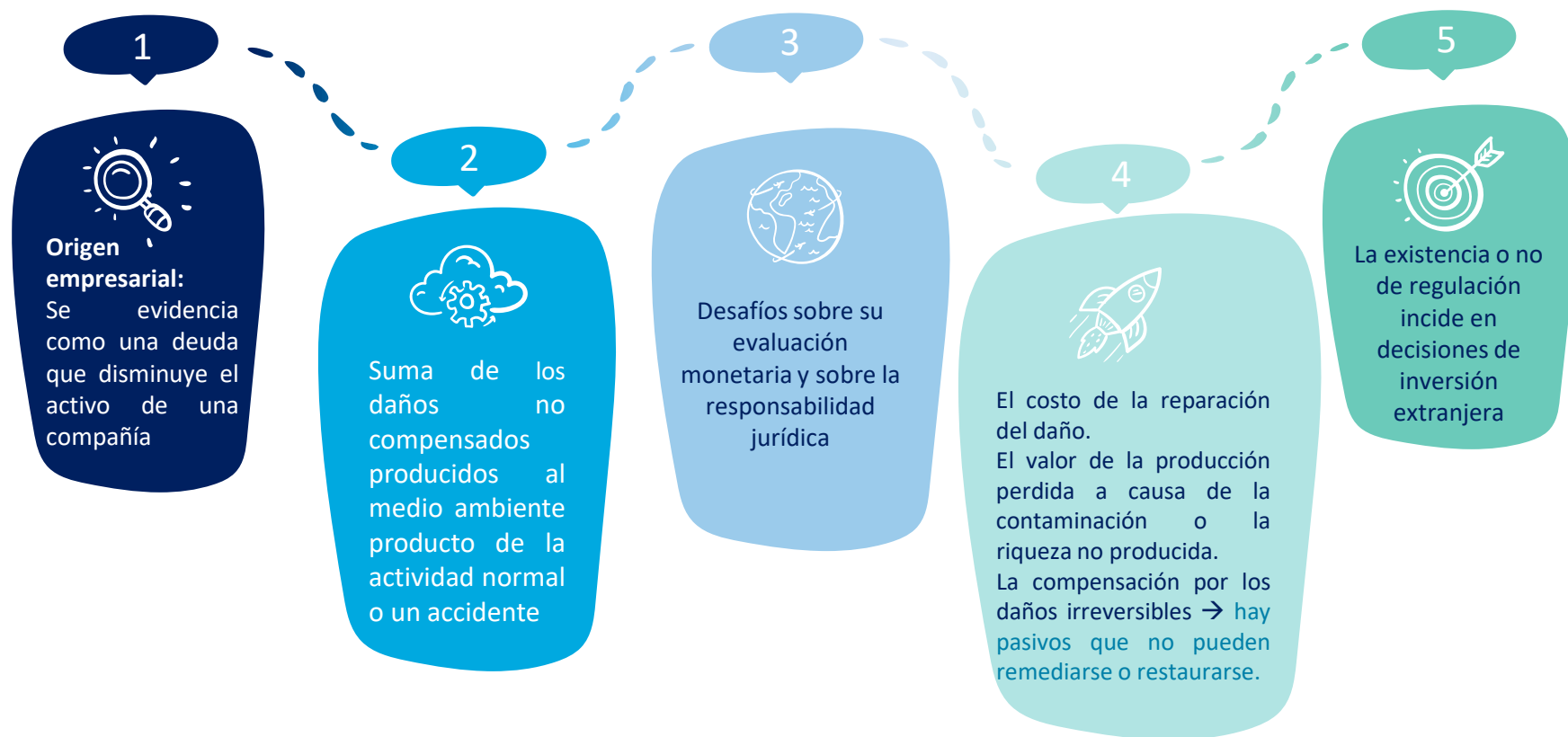


Sincronía de las ramas del poder público en la búsqueda de protección del medio ambiente.



Proyectos de normas para modificar el régimen sancionatorio ambiental y para modificar la Ley 99 de 1993 y el Sistema Nacional Ambiental.

Aspectos a considerar sobre un pasivo ambiental



Elementos estratégicos de la nueva regulación

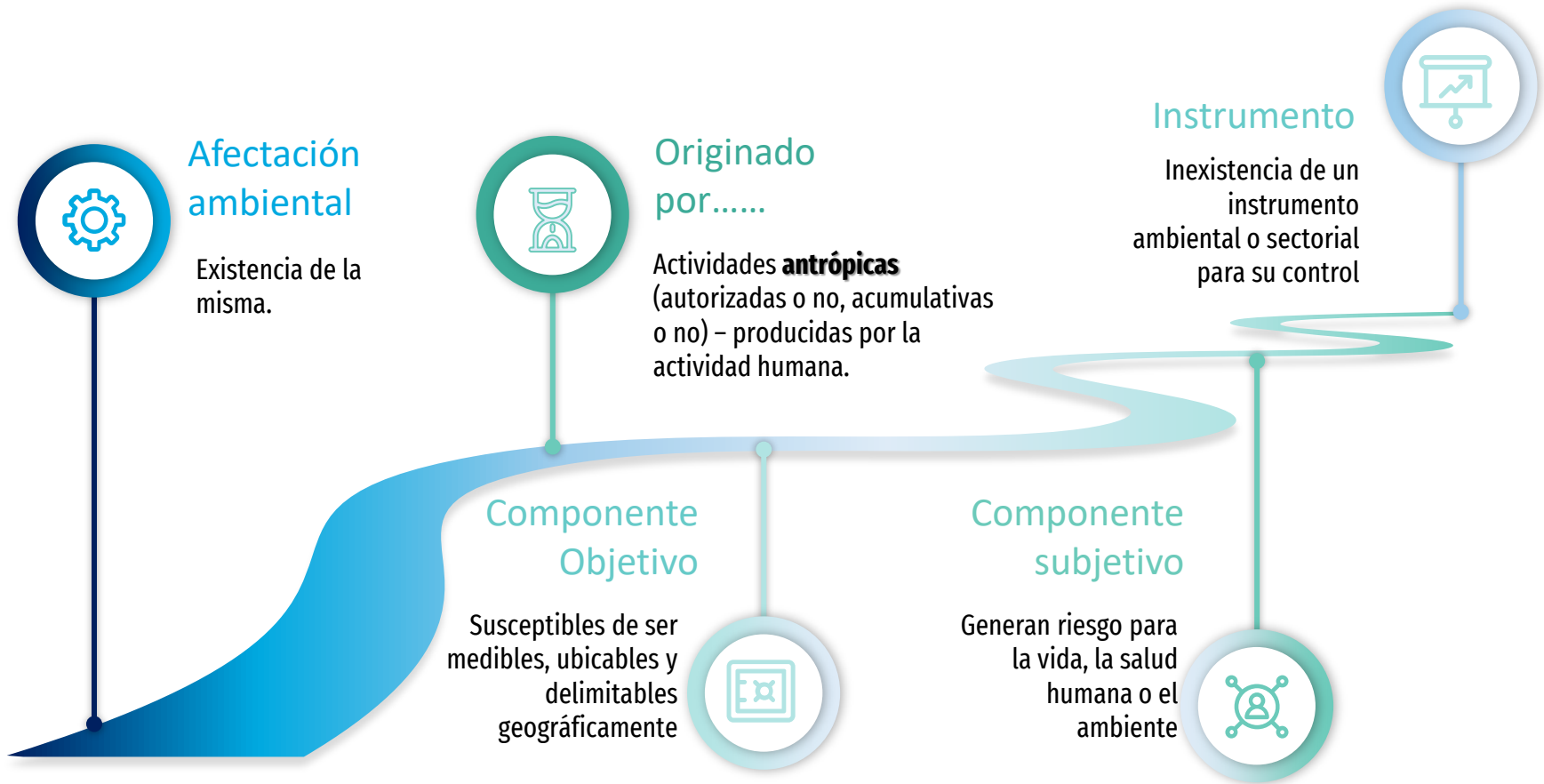
Definición de pasivo ambiental

Definición de Pasivo Ambiental

“Las afectaciones ambientales originadas por actividades antrópicas, autorizadas o no, acumulativas o no, susceptibles de ser medibles, ubicables y delimitables geográficamente, que generan riesgo para la vida, la salud humana o el ambiente, y para cuyo control no hay un instrumento ambiental o sectorial vigente.” Art. 2, Proyecto de Ley No. 117/2021 (Cámara) y 226/2022 (Senado).

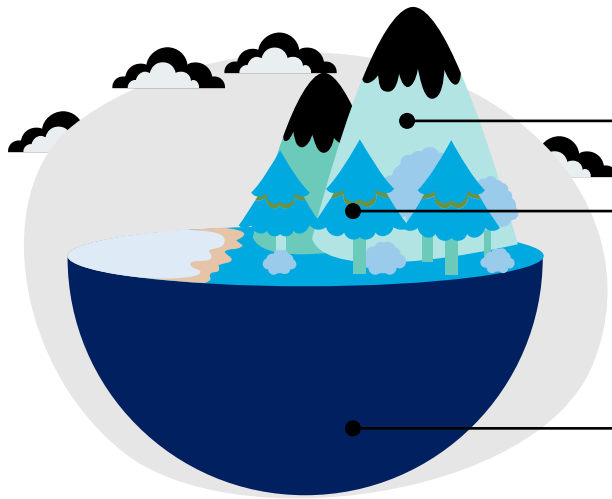


Elementos de la definición



Actividades antrópicas autorizadas o no...

Discusión importante respecto a qué se considera pasivo y de si las actividades autorizadas bajo licencia ambiental o permisos ambientales podrían generar pasivos ambientales.



UN IMPACTO NEGATIVO QUE SE DÉ DENTRO DE ACTIVIDAD QUE CUENTA CON INSTRUMENTO DE MANEJO AMBIENTAL CALIFICARÍA COMO PASIVO?

Entonces para qué las medidas de manejo ambiental del instrumento de manejo? Podría hacer extensiva las medidas de manejo a ese impacto negativo.

SI EL IMPACTO NO SE CONTEMPLÓ EN EL INSTRUMENTO

Ese es un problema de la calidad, contundencia y rigurosidad del instrumento de manejo ambiental.

SI NO TENGO INSTRUMENTO

Tiene más sentido que en dicha situación se hable de la generación de un pasivo ambiental.

Aspectos relevantes de la ley de pasivos ambientales

Elementos de la ley



Creación del CNGPS

Comité Nacional para la Gestión de Pasivos Ambientales

Función:

- Puesta en marcha y seguimiento de política pública.
- Asegurar coordinación interinstitucional para la gestión de PA (incluyendo autoridades ambientales, entes territoriales, ministerios, etc.)
- Seguimiento de plan de acción – priorización de gestión de pasivos ambientales presentadas por MADS y autoridades ambientales para que MADS emita recomendaciones y acciones de coordinación.



Estrategia para Gestión de Pasivos Ambientales

Conjunto de actividades relacionadas con la identificación por sospecha, caracterización, evaluación de riesgos, declaración, registro, priorización, intervención, monitoreo, seguimiento y las demás actividades que defina el MADS.



Sistema de Información de Pasivos Ambientales

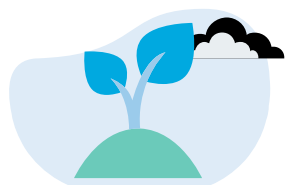
- Instrumento único de manejo de la información.
- Sistema contará con el REPA – Registro de Pasivos Ambientales.
- Contendrá información sobre ubicación, responsable de intervención, actividades definidas en los Planes de Intervención de PA y su estado de avance.



Plan de intervención de PA

Instrumentos de control y manejo ambiental, objeto de evaluación y seguimiento por la autoridad ambiental para la gestión de PA que contendrá medidas de intervención para: rehabilitación, remediación, restauración o aislamiento del área.

Herramientas para financiación de pasivos ambientales que trae la ley



INVERSIÓN FORZOSA DEL 1%

Parágrafo 2° - Art. 7:

Como mecanismo de financiación de los planes de intervención para los pasivos ambientales **que no tengan responsable determinado**, los responsables de los proyectos sujetos de aplicación de la inversión forzosa definida en el artículo 43 de la Ley 99 de 1993 que **se localicen en la misma cuenca hidrográfica**, podrán realizar la formulación y ejecución de dichos planes, **previa aprobación por parte de la autoridad ambiental** en el marco de los procedimientos establecidos para licenciamiento ambiental. Con el objeto de garantizar la suficiencia financiera para la ejecución de estos planes de intervención, **pueden darse la concurrencia de proyectos licenciados.**



OBRAS POR IMPUESTOS

Art. 11

Convenios de Obras por impuestos
(Art. 800-1 ET)

Los convenios celebrados en el marco del mecanismo de Obras por Impuestos podrán tener como objeto la inversión directa en los Planes de Intervención de Pasivos Ambientales por parte de **terceros interesados no responsables**, de conformidad con el artículo 4º de la presente ley y el Manual Operativo de Obras por Impuestos, el cual será actualizado por el Gobierno nacional para dicho efecto, conservando las líneas establecidas en la Ley 2277 de 2022 y armonizando los procesos al respecto que requieran para su gestión entre la Agencia de Renovación del Territorio (ART) y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Parágrafo. En ningún caso aplicará para terceros no responsables quienes tengan obligaciones de compensación ambiental.

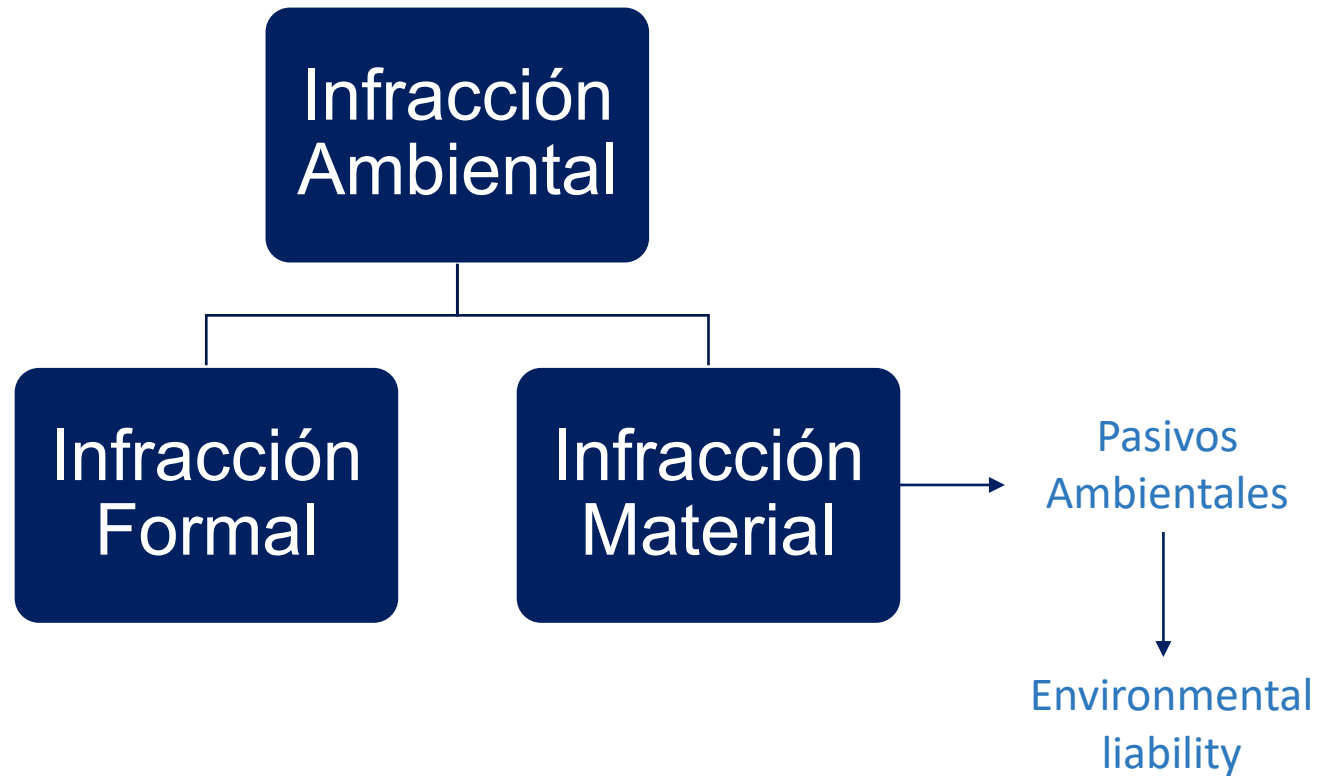
Régimen de responsabilidad
¿Quién responde por el pasivo
ambiental?

Responsabilidad objetiva asociada al riesgo



Se presume la responsabilidad de aquel que despliega actividades que se consideran riesgosas o peligrosas.

Responsabilidad administrativa



El pasivo ambiental **siempre implica** una afectación o un daño ambiental no atendido y que sigue causando efectos no necesariamente una infracción a una norma.



Régimen de responsabilidad objetiva.

No se evalúa si la conducta se cometió a título de culpa o dolo. Se presume que el pasivo ambiental se generó con ocasión del desarrollo de una actividad de riesgo.



Régimen sancionatorio.

La intervención de pasivos ambientales no impide que la autoridad ambiental inicie un proceso sancionatorio ambiental en los términos de la Ley 1333 de 2009.

Sujetos responsables del pasivo ambiental – Quien responde?

El **generador** del pasivo, que puede ser:



Determinado:

Cuando el responsable se puede identificar.

Indeterminado

Cuando el responsable no se puede identificar → pasivo ambiental huérfano

Sin capacidad económica

Se identifica el responsable, pero no tiene la capacidad económica para responder.

¿Asume el Estado la responsabilidad cuando el sujeto es indeterminado o sin capacidad económica?

En caso que existan varios sujetos responsables, estos responderán de forma solidaria.

Ejemplos de pasivos ambientales

Ejemplos de pasivos ambientales

- **Derrame de hidrocarburos** por atentados terroristas



- ✓ Hay una afectación ambiental.
- ✓ Dicha afectación se generó por una actividad humana.
- ✓ La afectación es medible, ubicable y delimitable geográficamente.
- ✓ Se genera un nivel de riesgo “no aceptable” para la vida, la salud humana o el ambiente.

Ejemplos de pasivos ambientales

- Afectación ambiental por disposición y abandono irregular de **residuos médicos/peligrosos**.



- ✓ Hay una afectación ambiental.
- ✓ Dicha afectación se generó por una actividad humana.
- ✓ La afectación es medible, ubicable y delimitable geográficamente.
- ✓ Se genera un nivel de riesgo “no aceptable” para la vida, la salud humana o el ambiente.

Ejemplos de pasivos ambientales

- **Contaminación de plomo en el aire** por producción de metales que sobrepasa los niveles permitidos de contaminación y que afectan la salud humana.



- ✓ Hay una afectación ambiental.
- ✓ Dicha afectación se generó por una actividad humana.
- ✓ La afectación es medible, ubicable y delimitable geográficamente.
- ✓ Se genera un nivel de riesgo “no aceptable” para la vida, la salud humana o el ambiente.



Implicaciones prácticas de la Ley de Pasivos Ambientales en la Gestión Corporativa Ambiental




Intensificación de la responsabilidad

Intensificación de la responsabilidad

Dos sentencias importantes a tener en cuenta:

Corte Constitucional. Sentencia SU-455 de 2020

- Modificación de la estructura de la responsabilidad:
 - No se exige prueba del nexo causal entre el hecho y el daño ambiental. Basta con la **existencia de indicios**.
- Presunción de culpa:
 - El juez **presume** la culpa del agente contaminante → actividad riesgosa.
- Alcance de la responsabilidad:
 - El responsable de un daño ambiental debe responder por el **daño ambiental** y por el **perjuicio individual**.

Sin perjuicio de la eventual responsabilidad administrativa y penal.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 2 de agosto de 2023.

Diferencia daño ambiental y contaminación ambiental

- La contaminación en sí misma no es asimilable al daño ambiental, ya que se comprende que en la sociedad moderna a toda actividad le es inherente la producción de uno o varios fenómenos de contaminación, al ser objeto de autorización administrativa.
- La contaminación desencadena un daño ambiental cuando produce un deterioro, detrimento, afectación o aminoración en la esfera personal o patrimonial de un sujeto.
- **Siempre que hay un daño ambiental, hay contaminación. Pero no siempre que hay contaminación hay daño ambiental.**
- El factor determinante consiste en determinar si se acredita o no la **existencia** de ***“cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir con el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y fauna, degradar el medio ambiente y/o afectar los recursos ambientales de la nación o de los particulares.”***

Implicaciones transaccionales y formas de mitigación

Implicaciones transaccionales

- Implicaciones prácticas frente a la decisión de comprar acciones o activos.
- Implicaciones frente a la compraventa de inmuebles.
- Se asumirán obligaciones de intervención/remediación → traslado de riesgo en los documentos transaccionales.
- Hay un riesgo de que la autoridad ambiental asocie el propietario de un sitio con el generador de un pasivo ambiental → responsabilidad administrativa.
- Implica tiempos adicionales que pueden afectar el desarrollo de la actividad comercial.
- Implicaciones en materia de responsabilidad civil o penal.



Retos respecto de la identificación e intervención de los pasivos ambientales

- Proceso de identificación del pasivo ambiental:
 - Las autoridades ambientales deben determinar los sitios o lugares en los que puedan existir pasivos ambientales.
- Proceso de determinación del generador del pasivo ambiental:

¿La intervención de un pasivo ambiental es concomitante con el procedimiento sancionatorio ambiental?

Formas de mitigación

Antes de identificar el pasivo ambiental	Después de identificar el pasivo ambiental
Incorporación/ajustes de cláusulas contractuales para la asignación de riesgos contractuales → contratación estatal.	Identificación de alternativas de intervención.
Debida diligencia ambiental para la identificación de pasivos ambientales en transacciones → asesoría técnica.	Gestión corporativa vis. plan de intervención.
Necesidad de adquirir pólizas de responsabilidad civil extracontractual en materia ambiental.	Declaración y registro ante la autoridad (para evitar posibles sanciones posteriores).
Mayor deber de diligencia en la gestión ambiental corporativa.	Intervención, monitoreo y seguimiento del plan de intervención.

¿Cómo analizar un pasivo ambiental en la práctica?

- Pasos a seguir -

Pasos a seguir

1. Revisión del contrato correspondiente.
 - Cláusula de debida diligencia.
 - Representaciones y garantías.
 - Obligaciones de las partes vis. la asunción de riesgos.
 - Mecanismos de solución de controversias: arbitraje, amigable composición, conciliación, mediación.
 - Desequilibrio económico del contrato.
 - Cláusulas de responsabilidad.
2. Análisis de la materialidad del pasivo ambiental → metodología de evaluación.
3. Verificación del pasivo ambiental.
4. Definición del responsable del pasivo ambiental (de cara al contrato y de cara a la autoridad ambiental).
5. Notificación a la autoridad ambiental.

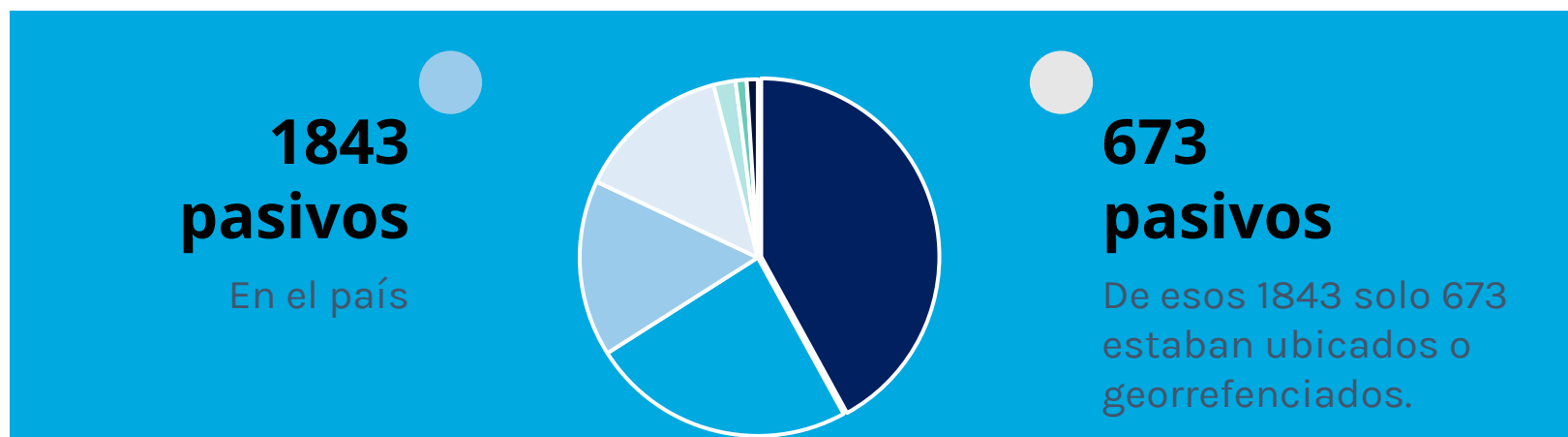
Plan de intervención de pasivos ambientales

Elementos clave

1. Acto administrativo → implica un trámite administrativo ambiental.
2. Obligaciones de tracto sucesivo → importancia de la documentación periódica y de los reportes a la autoridad ambiental.
3. Acciones a implementar dependen de los resultados de la metodología de análisis del pasivo.
 - Actividades de demolición.
 - Manejo de residuos peligrosos- responsabilidad solidaria.
 - Manejo de emisiones atmosféricas.
 - Confinamiento /celdas de seguridad.
4. Programas de monitoreo *in situ*.
 - Muestreos de agua y suelo.
 - Acciones para reducir concentración de contaminantes.
 - Manejo de impactos asociados a la ejecución del plan de remediación mismo.
 - Cronograma estimado.

Algunas estadísticas

Algunas cifras de pasivos ambientales en Colombia



- Sector minero
- "Otros"
- Sin sector reportado
- Agroquímico
- Sector hidrocarburos
- Residuos
- Agrario

42 % pertenecen al sector minero, 24 % al sector hidrocarburos, 16 % a la categoría "otros", 14 % clasificados como residuos, 2 % sin sector reportado, 1 % al sector agrario y 1 % al sector agroquímico.

El 60 % de los casos no reporta un responsable, mientras que el 40 % restante sí lo hay.

Contraloría General de la República. (2020). Auditoría de desempeño pasivos ambientales.

Conclusiones

Conclusiones



El pasivo ambiental es diferente al impacto ambiental.

El generador responde por el pasivo: *“quien contamina paga”*.

Cada vez es más intensa la responsabilidad en materia ambiental.

Inclusión de los pasivos ambientales en la contabilidad financiera de las empresas.

Implicaciones transaccionales.

Puesta en marcha de mecanismos de mitigación.



¡Gracias!



Margarita Solorza

SENIOR COUNSEL

Margarita.Solorza@hklaw.com

Bogotá

+57.601.745.5847

M: +57.316.463.3033

Margarita Solorza es una abogada de la oficina de Holland & Knight de Bogotá, con más de 16 años de experiencia en el área de recursos naturales, especialmente en derecho ambiental. La Sra. Solorza enfoca su práctica en asuntos de energía y medio ambiente en las áreas de derecho corporativo y litigios.

La Sra. Solorza tiene un amplio conocimiento en asuntos regulatorios y de cumplimiento legal ambiental estratégico. Asesora en trámites de otorgamiento y/o modificación de licencias, permisos y/o autorizaciones ambientales, así como en la mitigación de riesgos legales ambientales conforme a la realidad operacional y los cambios constantes en la normatividad ambiental. La Sra. Solorza también asesora y apoya procesos de debida diligencia ambiental y en la representación, asesoría y acompañamiento en procesos administrativos sancionatorio ambientales a compañías petroleras, del sector eléctrico, de infraestructura, mineras, manufactureras y alimentarias, agrícolas e industriales. Tiene una amplia experiencia en la industria energética, incluyendo la asesoría de uno de los 10 mayores jugadores de petróleo y gas en Colombia.

Antes de unirse a Holland & Knight, la Sra. Solorza se desempeñó como *Legal Counsel* en una compañía de petróleo y gas, donde asesoró en negocios *upstream* y *midstream*, así como en varios asuntos de derecho ambiental. También participó en reorganizaciones corporativas.

Además, la Sra. Solorza se desempeñó como coordinadora de litigios para un bufete de abogados ambientales, donde adquirió una importante experiencia asesorando a clientes en las industrias de energía, minería, petróleo y gas, infraestructura, manufactura y alimentos. También organizó y dirigió capacitaciones en derecho ambiental para clientes.

En adición a su práctica legal, La Sra. Solorza ha sido profesora asistente en seminarios en la Universidad Externado, asimismo ha dictado múltiples capacitaciones en materia legal ambiental a diversos clientes, y actualmente es profesora de la especialización en derecho ambiental de la Universidad del Rosario en materias relacionadas con los sectores de hidrocarburos y sector eléctrico.



María Natalia Suárez Martínez

ASOCIADA

Natalia.Suarez@hklaw.com

Bogotá

+57.601.745.5791

M: +57.301.484.8960

María Natalia Suárez Martínez es abogada de la oficina de Holland & Knight en Bogotá y cuenta con más de 13 años de experiencia asesorando a clientes en asuntos de derecho contractual, derecho comercial y en acuerdos nacionales e internacionales, enfocándose particularmente en el sector de petróleo y gas.

Su práctica profesional se centra en la asesoría a clientes extranjeros en asuntos corporativos, negociando una amplia gama de acuerdos legales y comerciales, así como asuntos contractuales y regulatorios relevantes para el sector energético.

Antes de unirse a Holland & Knight, la Sra. Suárez trabajó como consejera general en varias empresas internacionales en la industria del petróleo y el gas, donde asesoró en asuntos corporativos, contractuales y medioambientales, así como en la negociación y redacción de acuerdos de explotación conjunta y acuerdos de farm-out.